

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

FELIPE TABANEZ DA SILVA

**OS PRECEDENTES JUDICIAIS E SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

MARÍLIA
2017

FELIPE TABANEZ DA SILVA

**OS PRECEDENTES JUDICIAIS E SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Alexandre Sormani.

MARÍLIA
2017

SILVA, Felipe Tabanez da

Os precedentes judiciais e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro / Felipe Tabanez da Silva. Orientador: Alexandre Sormani. Marília, SP: [s. n], 2017.

45 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM), Marília, 2017.

1. Fontes do Direito. 2. Precedente judicial. 3. A evolução dos precedentes judiciais no direito brasileiro.

CDD: 341.46



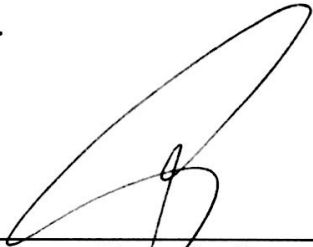
Felipe Tabanez da Silva


RA: 52925-7

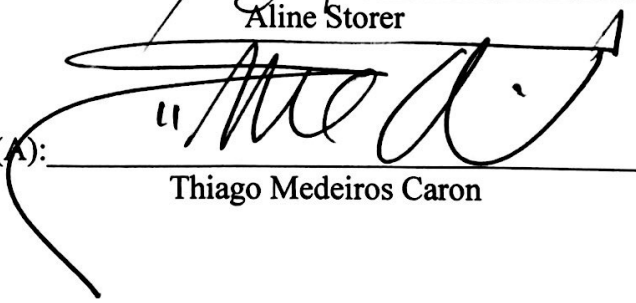
Os precedentes judiciais e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 9,0

ORIENTADOR(A): 
Alexandre Sormani

1º EXAMINADOR(A): 
Aline Storer

2º EXAMINADOR(A): 
Thiago Medeiros Caron

Marília, 04 de dezembro de 2017.

RESUMO

Estudam-se os precedentes judiciais e sua importância para a efetivação da segurança jurídica, da igualdade entre os indivíduos, da uniformidade e da estabilidade da jurisprudência, e as inovações legislativas decorrentes do Código de Processo Civil de 2015. Analisam-se os sistemas jurídicos do *civil law* e do *common law*, bem como a aplicação de um sistema de precedentes judiciais em nosso ordenamento. O estudo dos precedentes é de suma importância, pois aludem a atual orientação de nosso sistema jurídico, além de causar reflexos nas decisões judiciais, desde as proferidas em primeiro grau de jurisdição até as proferidas em recurso extraordinário ou em controle concentrado de constitucionalidade, intervindo, também, nas atividades das Cortes Supremas. Por fim, conclui-se que os mecanismos trazidos pelo Novo Código de Processo Civil servem para garantir a uniformidade e a estabilidade da jurisprudência, assim como os direitos fundamentais, diante da mesma situação de direito, evitando a insegurança jurídica e o consequente descrédito da população em relação à prestação jurisdicional.

Palavras-chave: Direito Processual. *Civil Law*. *Common Law*. Precedentes Judiciais. Código de Processo Civil de 2015. Segurança Jurídica. Uniformização de Jurisprudência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 FONTES DO DIREITO	8
1.1. Conceito e espécies.....	8
1.2 Os sistemas jurídicos do civil law e do common law.....	9
1.3 A valorização da jurisprudência no direito brasileiro.....	11
1.4 Precedente como fonte do direito	13
2 PRECEDENTE JUDICIAL	17
2.1 Distinção entre precedente judicial, jurisprudência, enunciado e súmula.....	17
2.2 Definição de precedente judicial	18
2.3 <i>Ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i>	19
2.4 <i>Stare decisis</i> e <i>common law</i>	20
2.5 Consequências da utilização dos precedentes judiciais.....	22
2.5.1 Segurança jurídica.....	22
2.5.2 Igualdade.....	24
2.5.3 Garantia da imparcialidade do juiz	25
2.6 Principais argumentos contrários à utilização dos precedentes.....	25
2.6.1 Obstáculo ao desenvolvimento do direito e de decisões adequadas à evolução social	26
2.6.2 Impedimento à realização da isonomia.....	26
2.6.3 Transgressão ao princípio da separação dos poderes.....	27
2.6.4 Violação da independência do juiz	27
2.7 Principais técnicas de aplicação e superação dos precedentes judiciais.....	28
2.7.1 <i>Distinguishing</i>	28
2.7.2 <i>Overruling</i> e <i>overriding</i>	29
3 A EVOLUÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO	32
3.1 A <i>Civil law</i> e a segurança jurídica	32
3.2 A nova dimensão da interpretação jurídica	33
3.3 Litigiosidade em massa e as questões de direito repetitivas.....	34
3.4 Principais inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015	35
3.4.1 Fundamentação das decisões judiciais.....	35
3.4.2 Deveres de uniformização e estabilidade da jurisprudência.....	36
3.4.3 Dever de dar publicidade aos precedentes	37
3.4.4 Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)	38
3.4.5 Pronunciamentos de observância obrigatória	39
CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS	44

INTRODUÇÃO

A estrutura jurídica brasileira é fundada no sistema *civil law*, ou seja, tem como fonte primária do ordenamento a lei (art. 5º, II, CF) e é através desta que o Estado soluciona os conflitos trazidos ao Poder Judiciário.

Todavia, com a supressão do positivismo jurídico em virtude da decadência das influências da Revolução Francesa e a globalização das experiências jurídicas, é possível notar uma aproximação entre *civil law* e *common law*, na medida em que os precedentes vêm ganhando corpo no ordenamento jurídico do primeiro sistema, há perceptível aumento de normas positivadas no segundo.

A ampliação dos direitos fundamentais no texto constitucional, fruto do enfraquecimento do positivismo e do surgimento do neoconstitucionalismo após a Segunda Guerra Mundial, somada à democratização e à complexidade inerente às relações sociais, são exemplos dos atuais motivos que levam os indivíduos a procurar a tutela jurisdicional e, inevitavelmente, são responsáveis pelo crescente número de demandas judiciais, mormente as relacionadas à mesma questão de direito.

Ocorre que a multiplicação de ações sobre a mesma situação de direito e a ausência de mecanismos hábeis a tutelá-las, compromete a segurança jurídica, a igualdade e a coerência do sistema jurídico nacional, importando a uniformização do entendimento judicial sobre tais assuntos.

Dessa forma, é imprescindível tratar da intercomunicação entre os sistemas jurídicos e verificar as implicações do estreitamento entre estes em nosso país.

Nesse sentido, o presente estudo é destinado a analisar os precedentes judiciais, instrumento utilizado usualmente no *common law*, destinado a assegurar as garantias constitucionais ameaçadas pelas divergências de posicionamentos judiciais. Pretende-se, então, estudar a estrutura, as funcionalidades e a aplicação dos precedentes no ordenamento jurídico pátrio.

A pesquisa é classificada como qualitativa e será construída a partir da utilização do método hipotético-dedutivo. Sobre os procedimentos técnicos aplicados, a pesquisa é classificada como bibliográfica e documental.

A pesquisa será desenvolvida com base na análise bibliográfica de diversos autores sobre o tema proposto, artigos jurídicos, textos publicados na internet e consulta à legislação constitucional e infraconstitucional.

De início, serão abordados o conceito e as espécies de fontes do direito, os sistemas *civil law* e *common law*, a valorização da jurisprudência como resultado da influência do direito consuetudinário no Brasil e as atividades interpretativa e criativa do juiz ao estabelecer a norma para o caso concreto, outorgando aos precedentes judiciais o status de fonte do direito.

Serão expostos no segundo capítulo as definições doutrinárias de precedente judicial, bem como a sua relação com os conceitos de jurisprudência, enunciado e súmula.

Igualmente, serão analisadas as definições e a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, indicando fundamentadamente qual será utilizado para compor o precedente. Também, será explanada a origem e a influência do *stare decisis* no *common law*, como instrumento de criação de precedentes de observância obrigatória, com a conseqüente uniformização e previsibilidade da aplicação do direito.

Convém, então, expor as conseqüências da utilização dos precedentes, passando-se à análise da segurança jurídica, da igualdade entre os jurisdicionados e da garantia da imparcialidade do juiz, além dos principais argumentos contrários aos precedentes.

A parte final do segundo capítulo é reservada às técnicas de aplicação e superação dos precedentes, ou seja, *distinguishing*, *overruling* e *overriding*, destinadas à distinguir o caso concreto do paradigma fixado e manter a coerência dos posicionamentos dos tribunais, a partir da revogação total ou da restrição à incidência do precedente em determinados casos.

Considerando o processo de estreitamento entre *civil law* e *common law*, o terceiro capítulo tratará da evolução dos precedentes judiciais no direito brasileiro. Nele será abordada a superação da vinculação ao texto legal para alcançar o ideal de segurança jurídica, tal como o redimensionamento da interpretação jurídica a litigiosidade em massa e as questões de direito repetitivas.

Finalmente, o terceiro capítulo abarcará as principais inovações do Código de Processo Civil de 2015, no sentido de dar fundamento, uniformidade, estabilidade e previsibilidade aos pronunciamentos judiciais, preconizando a atividade das Cortes Supremas e a resolução de casos repetitivos.

Com o presente trabalho, pretende-se, portanto, estudar o papel dos precedentes judiciais na esfera jurídica interna, analisando o seu funcionamento e as conseqüência de sua aplicação em favorecimento da proteção de direitos fundamentais, além das alterações legislativas trazidas para fortalecer o emprego do instituto.

1 FONTES DO DIREITO

1.1 Conceito e espécies

Em linhas prefaciais, cumpre tecer um breve comentário acerca das fontes do direito e sua relação como os precedentes judiciais. Nas sábias lições de Miguel Reale (1996, p. 140), fonte do direito compreende o processo de formação das normas jurídicas que a partir de sua criação, se dotadas de validade (vigência) e eficácia (adesão social), impõem-se à coletividade.

Ao abordar as possíveis origens do Direito, Reale (1996, p.143), afirma que nas sociedades primitivas não havia separação entre este, a religião e a moral. As regras jurídicas nasceram da confusão com outras regras, eivadas, sobretudo, de usos e costumes, cujas origens são desconhecidas.

A lei surgiu posteriormente, a partir da evolução dessas sociedades, vinculada ao costume, mas com o desígnio de “[...] reger a conduta, ou de estruturar a sociedade de modo impessoal e objetivo” (REALE, 1996, p. 145).

É nesse contexto que surge a jurisdição. Através da atividade dos juízes (pretóres) ao proferirem suas decisões e da orientação dada pelos juriconsultos, o Direito Romano foi construído de acordo com o conhecimento e a experiência, em detrimento dos critérios morais e costumeiros que prevaleciam até então.

Contudo, foi somente com a decadência do Direito Romano que a lei passou a ocupar a posição central como fonte do direito, passando a representar a vontade da coletividade por meio da racionalidade e abstração, em desprezo ao direito costumeiro, carregado de particularidade e subjetividade.

Para o ilustre doutrinador, são fontes do direito: as leis, a jurisprudência, os costumes e o ato negocial ou autonomia da vontade, excluindo a doutrina, pois esta tem caráter supletivo, de complementação das fontes.

Vale destacar que a doutrina não é uníssona quanto à classificação das fontes, variando conforme a metodologia adotada pelo autor, v.g., o citado escritor não inclui a doutrina como fonte do direito, assim como não faz distinção entre fonte formal e fonte material, a saber:

[...] é necessário advertir que a antiga distinção entre fonte formal e fonte material do direito tem sido fonte de grandes equívocos nos domínios da Ciência Jurídica, tornando-se indispensável empregarmos o termo fonte do direito para indicar apenas os processos de produção de normas jurídicas. (REALE, 1996, p.105).

O posicionamento sustentado por Miguel Reale e compartilhado por outros doutrinadores, como Tércio Sampaio Ferraz Junior (2003, p. 246), tem gerado grandes discussões, uma vez que parte considerável dos juristas considera a doutrina como fonte do direito, ao fundamento de que esta visa a preencher as lacunas da lei, além de orientar o legislador na elaboração da legislação, a partir da criação de teses, da produção de definições dos conceitos jurídicos, de indicações de reformas jurídicas, etc.

Diniz (2014, pp.302-303), divide as fontes do direito em fonte material, sendo aquela que produz o direito a partir de valores sociais, éticos, históricos, etc., ou seja, com base nos elementos presentes na própria sociedade e nos valores que norteiam o ordenamento jurídico, e fonte formal, isto é, o meio pelo qual o direito se exterioriza.

As fontes formais, segundo o entendimento da escritora, dividem-se em estatais e não estatais. As primeiras dizem respeito à atividade legislativa e jurisprudencial, enquanto as últimas referem-se aos costumes, à doutrina e à autonomia da vontade.

Reale (1996, p. 141), esclarece que não há hierarquia entre as fontes, antes, a prevalência de uma em face das demais se dá em razão de circunstâncias históricas e sociais, a exemplo do *civil law* e do *common law*, sistemas jurídicos oriundos de culturas diferentes, em que há, respectivamente, preponderância do processo legislativo (lei) e do direito consuetudinário (costumes e jurisprudência).

Em que pesem os contrastes entre os referidos sistemas, vale dizer que ambos valorizam as normas emanadas do Estado, pois mesmo no *common law*, os costumes e os precedentes só produzem efeitos quando legitimados pelos tribunais.

1.2 Os sistemas jurídicos do *civil law* e do *common law*

O *civil law* e o *common law* são os principais sistemas jurídicos existentes e representam as distintas influências históricas e sociais que permearam a constituição do direito ocidental.

O *common law* é a estrutura jurídica dos países anglo-saxões, dos quais se destacam Estados Unidos e Inglaterra. Tal estrutura valoriza os costumes e a jurisprudência como fontes do direito, de modo que a lei ocupa papel secundário no ordenamento jurídico.

Dessa forma, Miguel Reale (1996, p.142) afirma que o Direito “[...] é coordenado e consolidado em precedentes judiciais, isto é, segundo uma série de decisões baseadas em usos

e costumes prévios”, ou seja, neste sistema a lei é consultada subsidiariamente, em face da importância e eficácia vinculante atribuída aos precedentes.

Já o *civil law* é a estrutura aderida pelo Brasil e reflete a tradição dos países romano-germânicos e latino-americanos, em que se destaca o primado do processo legislativo em face das demais fontes do direito.

Em termos históricos, tem-se que o apego à lei é caracterizado pela influência da Revolução Francesa no direito, através da instituição da lei como forma de reduzir as arbitrariedades praticadas pelo Estado, a preceito de garantir a liberdade e a autonomia dos cidadãos.

Dessa maneira, o direito se exterioriza por meio de órgãos legislativos criados especificamente com a finalidade de estabelecer as leis que irão vincular a vida em sociedade.

Nos adeptos do *civil law*, os precedentes auxiliam na fundamentação das decisões, mas não possuem eficácia vinculante, em virtude do princípio da legalidade, consagrado no art. 5º, II, da Constituição Federal e no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Conclui-se, então, que ambos os sistemas objetivam a efetivação da segurança jurídica, por meio das leis (*civil law*) e através dos precedentes judiciais (*common law*).

Contudo, atualmente, com o surgimento do neoconstitucionalismo (movimento doutrinário pós Segunda Guerra, baseado, mormente, na criação do Estado Constitucional voltado à concretização dos direitos fundamentais), houve considerável transformação da natureza do *civil law*, visto que o primado da lei (positivismo) já não era capaz de expressar as mudanças trazidas pela nova ordem jurídica (TRINDADE, 2013).

Tem-se, portanto, que a lei deixou de ocupar a posição central como fonte do direito e passou a ser subordinada à Constituição e adequada aos direitos fundamentais. A partir de então, houve uma significativa aproximação entre os sistemas do *civil law* e do *common law*, posto que a lei deixou de ser a única expressão válida da vontade geral e, em via de consequência, as demais fontes do direito passaram a ter maior importância e credibilidade na aplicação do direito, principalmente com a atribuição de maior poder aos juízes, através da edição de súmulas, súmulas vinculantes e instrumentos de estabilização da jurisprudência. (LOURENÇO, 2012, p. 4).

Da mesma forma, nos países adeptos do *common law*, a quantidade de leis escritas vem crescendo gradativamente e adquirindo maior relevância no corpo jurídico.

A ideia de que a segurança jurídica no *civil law* se restringia tão somente na concretização da lei foi superada, portanto, a partir do entendimento de que esta pode ser interpretada de várias formas pelo juiz, além de que o legislador não consegue prever todas as

necessidades e evoluções da sociedade, tornando-se imprescindível a busca por outros mecanismos capazes de satisfazer o anseio social e de evitar decisões conflitantes.

Isto posto, nota-se que ambos os sistemas decorrem de experiências históricas e culturais diversas, que, segundo Miguel Reale:

Têm sido objeto de influências recíprocas, pois enquanto as normas legais ganham cada vez mais importância no regime da *common law*, por sua vez, os precedentes judiciais desempenham papel sempre mais relevante no Direito de tradição romanística. (REALE, 1996, p.142).

1.3 A valorização da jurisprudência no direito brasileiro

O avanço das sociedades repercute na troca de experiências e informações, inclusive no ramo do direito.

É nesse plano que se aproximam os aduzidos sistemas, com a “[...] ruptura do monopólio e do rígido controle estatal do direito. As novas exigências jurídicas promovem novos instrumentos jurídicos, a fim de acompanhar o desenvolvimento da globalização.” (GALIO, 2011).

A experiência jurídica atual, fundada no estado democrático de direito, caracterizada pelo abrandamento do positivismo em decorrência do neoconstitucionalismo, facilita a comunicação entre os sistemas jurídicos.

Nesse passo, é inegável a atual e crescente relevância atribuída pelo ordenamento jurídico brasileiro à jurisprudência, fruto do estreitamento entre o *civil law* e o *common law*.

Reale (1996, p. 157), conceitua jurisprudência como “[...] a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais”, ou seja, surge a partir do exercício da atribuição jurisdicional de declarar o direito frente aos conflitos trazido à apreciação do Judiciário, em que este realiza a interpretação da norma criada pelo Poder Legislativo de forma repetida e harmônica, consolidando o entendimento do tribunal acerca do tema.

Ao introduzir o assunto, Mancuso (2016, p. 93) afirma que a jurisprudência é, em sua etimologia, “[...] o produto final, otimizado, da atividade dos Tribunais, consistente numa coleção de acórdãos reiterados e consonantes sobre uma dada questão jurídica”. O autor ensina que esse termo está intimamente ligado ao conceito de justiça, uma vez que não são decisões

isoladas e contrapostas entre si que originam a jurisprudência, mas aquelas em que se encontram uniformidade e reiteração.

É notório que a jurisprudência exerce papel fundamental no desenvolvimento da segurança jurídica, tendo em vista a sua função de adequação entre o dispositivo geral, abstrato, e as necessidades sociais contemporâneas, preenchendo, então, as lacunas da lei, além de participar da produção normativa do direito, impondo ao legislador uma nova percepção dos institutos jurídicos. (DINIZ, 2014, p. 318)

Assim como ocorre em relação à doutrina, não é pacífico o entendimento doutrinário sobre o enquadramento da jurisprudência como fonte do direito. Isso porque uma parte dos autores afirma que por ser a jurisprudência uma ação posterior à edição da lei, não poderia ser considerada criadora de direitos. (MANCUSO, pp. 79-80).

Desse modo, a atividade legislativa seria primária, constituindo verdadeira origem do direito, enquanto a jurisprudência se revelaria em momento futuro, com a interpretação reiterada do dispositivo legal, sendo impossível atribuir a esta a qualidade de fonte do direito.

Miguel Reale (1996, p. 168), por sua vez, considera a jurisprudência verdadeira fonte do direito, uma vez que esta apresenta inovações ao mundo jurídico, estabelecendo normas no sentido de “[...] completar o sistema objetivo do direito”.

O entendimento do preclaro escritor é no sentido de que a lei é, em seu fundamento, a sua interpretação, aquilo que se entende ser o seu significado, logo, a jurisprudência se enquadra perfeitamente nesse conceito, visto que o conteúdo significativo do dispositivo se sobrepõe ao que está escrito.

Para Mancuso (2016, p. 81), a crescente valorização da jurisprudência no direito brasileiro, como consequência da aproximação ao direito pretoriano (*common law*), pode gerar atrito entre o direito emanado do Legislativo e aquele resultante da interpretação da norma, principalmente porque o primeiro se destina a ser interpretado e o segundo, por representar repetidas interpretações dos tribunais, destina-se a ser cumprido.

Ainda, o texto da lei, originário do processo primário de criação do direito, e a jurisprudência, decorrente da atividade secundária dos magistrados, muitas vezes, apresentam conflitos entre si, desvirtuando a intenção originária do legislador.

Em contraposição ao autor, Reale (1996, pp. 170-171), assevera que não se pode admitir que a lei perdure no tempo, mantendo o seu significado inicial, pois a sociedade evolui constantemente, fazendo-se necessária a adequação entre o conteúdo do dispositivo legal e a realidade social, para uma melhor aplicação do direito.

Nesse sentido, fala-se na atividade da jurisdição na criação de normas jurídicas, por meio da atividade interpretativa dos julgadores, nos países adeptos do *civil law*. Nos dizeres de Humberto Ávila:

[...] importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto. (ÁVILA, 2007, p. 34).

Destarte, o legislador ordinário cria uma regra geral e abstrata, com o intuito de alcançar toda a coletividade, enquanto o magistrado, quando da prolação da sentença, produz uma norma específica, que incidirá sobre o caso em questão.

A norma específica é orientada, geralmente, por outras gerais, criadas a partir de outros casos concretos que possuem elementos comuns em suas fundamentações (LOURENÇO, 2012, p.4). A essas normas gerais é atribuído o termo “precedente judicial”.

Considerando as evidências no ordenamento jurídico no sentido de respeito e aplicação da jurisprudência, de modo a concretizar a atividade normativa exercida pelo Judiciário, assegurando, dessa forma, a segurança jurídica, faz-se mister o entendimento do precedente judicial como fonte do direito.

1.4 Precedente como fonte do direito

No iminente processo de descodificação no *civil law*, que ocorre com as já mencionadas superações da ilusão de que a lei é suficientemente clara e deve ser somente declarada, e que a vinculação do juiz ao texto legal traria a tão almejada segurança jurídica, a partir do momento em que se entende que uma única norma jurídica pode ter várias interpretações, além de que não se pode creditar em uma única fonte do direito a responsabilização pela uniformidade de decisões, restou demonstrada a necessidade de aperfeiçoamento de nosso sistema jurídico.

Nessa toada, com a evolução do direito brasileiro, principalmente através da quebra de paradigmas (como os acima expostos), a jurisdição passou a exercer, gradativamente, a função de aprimoramento do ordenamento jurídico nacional, forçando o Legislativo a desenvolver mecanismos que privilegiem a atividade criativa do Judiciário na aplicação da lei frente ao caso concreto, além da uniformização de decisões sobre o mesmo conteúdo.

Dessa forma, o Judiciário passou a promover mecanismos que visam à facilitação do acesso à justiça e primazia da resposta mais justa ao litígio, através das várias possibilidades de solução dos conflitos.

A respeito, Mancuso ensina que:

Hoje, superados certas concepções que se diriam *ufanistas* e *irrealistas*, há de entender-se o acesso à justiça como a oferta de meios (instâncias, órgãos, agentes) com aptidão para prevenir e/ou resolver conflitos em modo satisfatório e consistente, sob uma boa relação custo-benefício, num tempo razoável, observado o devido processo legal. (MANCUSO, 2016, p. 99).

A Emenda Constitucional 03/93, com vistas de afirmar a supremacia constitucional veiculada na Carta Magna de 1988 e aperfeiçoar o controle de constitucionalidade, acabou com a figura do Supremo Tribunal Federal de "legislador" negativo, pois permitiu o ingresso da chamada ação declaratória de constitucionalidade, em que o STF assumiu a função de "legislador" positivo, além de conferir às decisões proferidas pela Suprema Corte em sede de ação declaratória de constitucionalidade, eficácia *erga omnes* e força vinculante (art. 102, §2º, da CF), que posteriormente, com a edição da Lei nº 9.868/99, da Lei nº 9.882/99 e da Emenda Constitucional 45/2004, foram estendidas às demais ações (CAMARGO, 2009, p. 1).

Vale sublinhar que a atividade legislativa do STF em controle concentrado de constitucionalidade não se confunde com a atividade legislativa própria do Poder Legislativo, na medida em que ao decidir, o STF cria normas concretas, com eficácia contra todos, diferindo das normas gerais e abstratas emanadas do Legislativo.

Essa transformação constitucional nasceu justamente do anseio de se conferir previsibilidade e coerência às decisões judiciais, uma vez que o efeito vinculante das decisões do STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade tem o condão de dirimir as diversas interpretações do texto legal frente ao texto constitucional, unificando, assim, o entendimento sobre a compatibilidade entre estes, o qual deve ser seguido pelos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

Destaca-se que atual entendimento doutrinário, baseado, sobretudo, nas inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, é no sentido de que o efeito vinculante atinge não só o dispositivo da decisão, mas também seus fundamentos (motivos determinantes), como ensina Gilmar Mendes, nestes termos:

Com o efeito vinculante pretendeu-se conferir eficácia adicional à decisão do STF, outorgando-lhe amplitude transcendente ao caso concreto. Os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante devem observar, pois, não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai (...) (MENDES, 2013, p. 1403).

O referido argumento é perceptível na importância atribuída aos precedentes judiciais pelo Novo Código Processual Civil, ao designar em seu artigo 927 que juízes e tribunais devem observar as decisões do STF em controle concentrado, ampliando as indagações sobre o alcance do efeito vinculante que, na posição considerável da doutrina é ampliada aos fundamentos determinantes da decisão, a exemplo de José Miguel Garcia Medina (2016, p. 1325) e Alexandre Freitas Câmara (2016, pp. 442 e 444), abarcada, também, pelo Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, em seu enunciado 168, a respeito dos arts. 927 e 928 do Novo *Codex*.

É evidente que o papel do juiz na atual sociedade brasileira vai muito além de simplesmente se ater ao que diz a lei, sem proceder à análise do texto normativo e é por essa razão que expressões como “juiz é a boca da lei” ou “juiz bom é aquele que aplica a lei” perderam em parte seu significado, visto que o órgão jurisdicional não deve subordinar-se indistintamente à lei, sem realizar qualquer valoração ou consulta às demais fontes do direito, antes, as decisões judiciais devem respeitar os direitos fundamentais, os princípios gerais de direito, os costumes, a jurisprudência, as súmulas, etc.

Como já enfatizado, ao realizar a interpretação do texto legal, o magistrado cria a norma específica para o caso concreto, através da valoração dos elementos fáticos e normativos, em face do ordenamento jurídico. Mas há também na atividade jurisdicional, a criação de normas gerais a partir de casos concretos, cujo núcleo (fundamentação) pode ser aproveitado para julgamentos futuros de casos análogos. (DIDIER, 2015, p. 441).

Essas normas gerais formam os precedentes judiciais, revelando o exercício criativo do Poder Judiciário no sentido de estabelecer paradigmas que servem de solução para situações semelhantes, com a finalidade de evitar decisões conflitantes, a morosidade da prestação jurisdicional, além de objetivar a concretização dos princípios constitucionais.

Tal prática remonta à fática aproximação entre o direito anglo-saxão e o direito romano-germânico, através da valorização dos precedentes judiciais.

A influência recíproca entre os direitos é tão perceptível, que parcela considerável da doutrina brasileira atribui aos precedentes judiciais o poder de criação de direitos, ou seja, afiguram-se como verdadeiras fontes do direito, pois há a criação de normas gerais que devem ser observadas pelos órgãos inferiores, para garantir que as mesmas situações jurídicas sejam tratadas de forma idêntica pelo poder competente, como defende o doutrinador Cândido Rangel Dinamarco, ao abordar as fontes do direito processual e o desenvolvimento normativo do país, afirma que:

Essa evolução normativa, aliada à relevância espontaneamente conferida à jurisprudência na prática judiciária na atualidade, preparou o terreno para a imposição, agora presente no novo Código de Processo Civil, da obrigatória observância de determinados precedentes, decisões e *linhas* jurisprudenciais pelos juízes de todos os níveis – o que, em consequência, os qualifica como verdadeiras fontes do direito. (DINAMARCO, 2016, p.42).

Vale dizer que mesmo representando verdadeira fonte de direito, a atividade judicial não tem o escopo de substituir a competência legislativa na criação de normas gerais e abstratas, ou seja, não há usurpação do princípio constitucional da harmonia dos poderes consagrado no art. 2º da Carta Magna, pois quando um precedente interpreta a lei ou a Constituição (norma geral e concreta), há um direito preexistente com força normativa, o que impede a alegação de que o Judiciário estaria legislando ao criar um precedente (DINAMARCO, 2016, pp. 34-35).

Portanto, a atividade do juiz é cognitiva, pois a norma legal é sempre o ponto de partida para a criação do precedente, por meio da qual há a reconstrução dos seus significados frente ao caso concreto.

Sendo assim, a valorização dos precedentes decorre, entre outros fatores, do desejo de se obter a manutenção da coerência do direito, do aprimoramento da segurança jurídica (previsibilidade das decisões judiciais) e do dever de zelar pela credibilidade do Judiciário, com a concepção de que a atividade jurisdicional não é um fim em si mesma, mas deve atender aos anseios sociais de forma coerente, respeitável e dentro de um prazo razoável.

2 PRECEDENTE JUDICIAL

2.1 Distinção entre precedente judicial, jurisprudência, enunciado e súmula

Antes de abordar especificamente a definição, as implicações da utilização dos precedentes e as técnicas de aplicação e de superação, cabe traçar uma breve diferenciação entre precedente judicial, jurisprudência, enunciado e súmula.

Miguel Reale (1996, p. 167) define jurisprudência como sendo “[...] a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais.”

Por sua vez, Maria Helena Diniz apresenta a seguinte definição:

O termo jurisprudência está aqui sendo empregado como o conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, resultantes da aplicação de normas a casos semelhantes, constituindo uma norma geral aplicável a todas as hipóteses similares ou idênticas. É o conjunto de normas emanadas dos juízes em sua atividade jurisdicional. (DINIZ, 2014, pp. 314-315).

Desse modo, a jurisprudência é formada por um agrupamento de decisões coerentes entre si sobre determinado pronunciamento, considerando a necessidade social de adequação entre as leis vigentes e a experiência humana. Por outro lado, o precedente judicial não requer a multiplicidade de decisões, bastando somente um julgado para que se extraia o paradigma que será usado nos casos que tratem da mesma questão de direito, diferindo-se da jurisprudência apenas pela questão quantitativa.

No tocante às súmulas, Miguel Reale (1996, p. 175) as define como “[...] enunciados normativos que resumem as teses consagradas em reiteradas decisões”.

Vale afirmar que as súmulas desempenham papel fundamental nas decisões judiciais brasileiras, pois compartilham dos mesmos objetivos da jurisprudência e dos precedentes judiciais: proporcionar celeridade, previsibilidade e coerência aos julgados.

Nessa perspectiva, Reale assevera que:

Podemos dizer que as súmulas são como que uma sistematização de prejulgados, ou, numa imagem talvez expressiva, “o horizonte da jurisprudência”, que se afasta ou se alarga à medida que se aprimoram as contribuições da Ciência Jurídica, os valores da doutrina, sem falar, é claro, nas mudanças resultantes de novas elaborações do processo legislativo. (REALE, 1996, p. 175).

Depreende-se, assim, que súmula é a síntese, o resumo de julgamentos reiterados de um tribunal acerca de determinado tema e tem por finalidade a facilitação de julgamentos, conferindo maior celeridade na elaboração de decisões. Também, a súmula indica que já houve entendimento firmado pelo tribunal sobre o assunto, objetivando a unificação das soluções para os processos abrangidos pelo seu conteúdo, além de desestimular o ajuizamento de demandas com testes opostas às súmulas dos tribunais.

Salienta-se que não se deve confundir o termo “enunciado” com súmula, equívoco comumente utilizado na prática forense. Os enunciados correspondem a verbetes numerados, representantes da uniformização da jurisprudência de determinado tribunal, ou seja, são preceitos genéricos inseridos no corpo da súmula, enquanto esta é instrumento de aferição da jurisprudência.

Em suma, súmula corresponde às teses pacíficas de uma Corte, das quais se retiram os enunciados, isto é, o próprio direito uniformizado.

Outrossim, não se confunde súmula com precedente. No precedente, o paradigma retirado da decisão é relacionado aos fatos contidos no processo, sendo aplicado, em virtude da relevância e reiteração, aos casos idênticos. Já a súmula procura a adequação do enunciado à questão jurídica do caso, sem que o magistrado precise realizar qualquer análise sobre as particularidades que deram origem à edição da súmula.

Destarte, nota-se que mesmo se tratando de institutos diversos, estes representam a influência do *common law* em nosso sistema jurídico e ambicionam a coerência do Judiciário e a segurança jurídica.

2.2 Definição de precedente judicial

Esclarecidas as digressões entre os institutos acima explanados, é possível discorrer sobre a definição de precedente judicial.

De acordo com Fredie Didier Jr. (2015, p. 441), “[...] precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir de diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.”

Dessa forma, não é qualquer decisão judicial que gera um precedente, mas aquela que, por enfrentar os argumentos jurídicos sobre os quais reside a lide posta à apreciação do Judiciário, tem a potencialidade de afirmar um paradigma, que irá orientar o Judiciário no julgamento de casos semelhantes, pois como afirma a doutrina:

[...] todo precedente é composto de duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasaram a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório. (TUCCI, 2004, p. 12).

Didier (2015, p. 442) ressalta que o caráter persuasivo ou vinculante de um precedente está ligado exclusivamente à *ratio decidendi*, de modo que somente os fundamentos da decisão produzem tais efeitos, porquanto é a tese jurídica utilizada pelo magistrado para emitir uma conclusão sobre o pleito inicial.

Essa tese configura, por consequência, uma norma geral e concreta. Geral porque os fundamentos da decisão podem ser aplicados em situações concretas semelhantes à que originou o precedente, e concreta, pois foi abstraída de um caso específico.

Por conseguinte, o precedente exerce o papel de paradigma, pois foi a primeira decisão judicial sobre determinado assunto e poderá ser usado nas decisões posteriores que envolvam casos análogos, sem que haja reprodução do julgamento de outros órgãos jurisdicionais, visto que no estudo de seu cabimento, o juiz examinará os fatos que foram relevantes para a solução da lide do precedente e realizará um juízo comparativo entre este e o caso concreto.

Para Elpídio Donizetti (2015), a utilização de um sistema de precedentes no Brasil visa a oferecer soluções semelhantes para questões que possuam o mesmo fundamento jurídico, com a finalidade de evitar a utilização excessiva de recursos e o aumento na quantidade de demandas.

Quanto ao mais, o precedente judicial é notado em quase todos os sistemas jurídicos, inclusive nos países que não adotam o *common law*, pois sempre há decisões que remetem julgados anteriores para decidir questões semelhantes. Contudo, a estruturação e os efeitos dos precedentes são diferentes de acordo com o sistema adotado, considerando a importância atribuída a estes em cada ordenamento.

2.3 *Ratio decidendi e obiter dictum*

A *ratio decidendi* é componente fundamental do precedente judicial, sendo considerada por alguns doutrinadores, a exemplo de Fredie Didier Jr., José Rogério Cruz e Tucci e Elpídio Donizetti, o próprio precedente.

Didier (2015, p. 442), define *ratio decidendi* como “[...] os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi.”

Tucci (2004, p. 175), a seu turno, acentua que “[...] a *ratio decidendi* (...) constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*).”

Em outras palavras, é a *ratio decidendi* que será aproveitada no julgamento de casos posteriores, por representar a decisão em si, a tese jurídica que solucionou a controvérsia judicial, uma vez que é através desta que o magistrado obterá uma conclusão sobre a lide em questão.

Os fatos que embasaram a lide e que compõem o julgado não têm o poder de obrigar ou de tornar persuasiva a norma criada para o caso concreto, porque não possuem conteúdo vinculante, além de representar a particularidade daquele caso específico.

No que refere ao *obiter dictum*, Didier apresenta a seguinte definição:

[...] é o argumento jurídico, consideração, comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão, que se convola em juízo normativo acessório, provisório, secundário, impressão ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão (prescindível para o deslinde da controvérsia). (DIDIER, 2015, p. 444).

Obiter dictum é a argumentação acessória utilizada como suporte para a fundamentação e compreensão da decisão, mas que, evidentemente, não pode ser usada com força vinculante ou de persuasão, pois não foi determinante para a decisão.

Didier (2015, pp. 445-446), explica que embora o *obiter dictum* não seja o precedente, o seu conteúdo não pode ser desprezado, visto que poderá representar futura orientação do tribunal, podendo, inclusive ser constituído em futuro precedente.

Assim sendo, não se confunde *ratio decidendi* e *obiter dictum*. O primeiro, como já exposto, refere-se à tese jurídica extraída da decisão judicial que serve como paradigma para julgamentos futuros. Já o segundo, mesmo possuindo caráter suplementar e acessório, não deve ser olvidado, pois poderá ser convertido futuramente em precedente judicial ou representar o entendimento do tribunal.

2.4 *Stare decisis* e *Common law*

Não obstante os termos “*stare decisis*” e “*common law*” sejam utilizados com o mesmo significado, tais expressões não são sinônimas e não devem ser aplicadas para se referirem indistintamente aos precedentes judiciais.

O termo “*stare decisis*” decorre do brocardo latim “*stare decisis et non quieta movere*”, ou seja, “mantenha-se a decisão e não moleste o que foi decidido”. Dessa forma, *stare decisis*

é a teoria originária da teoria dos precedentes judiciais, que estabelece a obrigatoriedade do respeito a determinados precedentes pelo órgão judicial do qual promanou o precedente e pelos órgãos judiciais inferiores.

Assevera Elpídio Donizetti que:

O *stare decisis*, entendido como o precedente de respeito obrigatório, corresponde à norma criada por uma decisão judicial e que, em razão do *status* do órgão que a criou, deve ser obrigatoriamente respeitada pelos órgãos de grau inferior. (DONIZETTI, 2016).

Vale frisar, no entanto, que o precedente não é aplicado como uma verdade absoluta e irrefutável, mas objetiva a orientação, um “ponto de partida” para decisões futuras, sempre que o magistrado verificar a similaridade entre o paradigma e a questão de direito e as particularidades fáticas do caso concreto.

Ellen Grace Northfleet (1994, p. 281), ministra aposentada do Supremo Tribunal Federal, aponta que ao se valer do poder vinculante dos precedentes, o juiz se beneficia da experiência de seus antecessores, uniformiza a aplicação do direito, além de tornar esse direito mais previsível, acrescentando ao ideal de segurança jurídica.

Já o *common law*, como visto anteriormente, é o sistema jurídico próprio do povo anglo-saxão e representa o amálgama de costumes e jurisprudências que regulam a vida em sociedade.

Luiz Guilherme Marinoni alerta que:

[...] não há que se confundir *common law* com *stare decisis*. Ora, o *common law*, compreendido como os costumes gerais que determinavam o comportamento dos *Englishmen*, existiu por vários séculos sem *stare decisis* e *rule of precedente*.

[...]

Além de o *common law* ter nascido séculos antes de alguém se preocupar com tais questões, ele funcionou muito bem como sistema de direito sem os fundamentos e conceitos próprios da teoria dos precedentes, como, por exemplo, o conceito de *ratio decidendi*. (MARINONI, 2016, pp. 30-31).

Infere-se, então, que o *common law* é um sistema jurídico de longa data, enquanto o *stare decisis* é uma teoria recente. No *common law*, o Poder Judiciário sempre respeitou o direito costumeiro, porém a vinculação aos precedentes é notadamente hodierna.

Nessa toada, embora o *stare decisis* seja comumente vislumbrado no *common law*, é possível afirmar que a teoria dos precedentes obrigatórios transcende ao referido sistema

jurídico, visto que verifica-se a ocorrência da força vinculante dos precedentes em outros sistemas, inclusive nos adeptos do *civil law*.

Contudo, Marinoni (2016, p. 33) salienta que não se deve olvidar a importância do *stare decisis* no desenvolvimento do *common law* e que os precedentes, juntamente com as leis e os costumes, são fontes de direito neste sistema.

2.5 Consequências da utilização dos precedentes judiciais

2.5.1 Segurança jurídica

Por construção doutrinária, a segurança jurídica proveniente do constitucionalismo, é intrínseca ao Estado de Direito, de forma a estruturá-lo e concretizá-lo.

A própria Carta Magna de 1988 elenca a segurança como um dos pilares do *caput* do artigo 5º e, embora não haja dispositivo específico atribuindo à segurança jurídica *status* de direito fundamental, o texto constitucional é rico em exemplos da preocupação do legislador constituinte em tutelar tal direito, como se verifica nos incisos II, XXXVI, XXXIX e XL, que tratam, respectivamente, do princípio da legalidade, da inviolabilidade do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, do princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal e da irretroatividade da lei penal desfavorável, todos do artigo 5º. (MARINONI, 2016, p. 97)

Nos dizeres de Luiz Guilherme Marinoni:

A segurança jurídica, vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser “Estado de Direito. (MARINONI, 2016, p. 96).

Isto posto, a segurança jurídica é o direito do cidadão de saber como o Estado se comportará em determinada situação, é a certeza de que o Estado agirá de acordo com o direito e irá procurar meios de fazê-lo valer quando desrespeitado.

Para Marinoni (2016, p. 98), a segurança jurídica pode ser representada por dois elementos: a univocidade e a previsibilidade. Sendo assim, o comportamento em sociedade depende da clareza e objetividade na qualificação das situações jurídicas, de modo a não abrir brechas à subjetividade e à indeterminação dessas situações, para que o indivíduo saiba de antemão os efeitos de sua conduta.

Também, é necessário saber as consequências de suas ações, como o Estado se comportará diante de uma violação do direito. Nesse sentido, a previsibilidade é a possibilidade de conhecimento prévio das normas que serão aplicadas em certa situação.

Como a existência de normas pressupõe a interpretação do aplicador do direito, é indispensável a invariabilidade da interpretação, pois é quando o texto normativo toma expressão.

Outro ponto de suma importância é o dever de uniformização da jurisprudência imposta pela segurança jurídica, como alude Didier, nestes termos:

Nesse aspecto, o princípio da segurança jurídica impõe não apenas o dever de respeito aos precedentes judiciais – e aos diversos efeitos que lhe são atribuídos pelo ordenamento – como também o dever de o tribunal uniformizar a jurisprudência, evitando a propagação de teses jurídicas díspares acerca de situações de fato semelhantes. (DIDIER, 2016, p. 470).

Nesse propósito, o respeito aos precedentes, como instrumento viabilizador da segurança jurídica, assegura ao cidadão que não haverá variação entre a jurisprudência consolidada e as posteriores decisões e que a uniformização da jurisprudência busca resolver as divergências existentes sobre uma mesma tese jurídica aplicável às situações de fato semelhantes.

Com a cognição de tais elementos, avulta-se a necessidade de se conferir estabilidade às decisões judiciais, a fim de garantir um mínimo de continuidade à segurança jurídica e pelo fato de que a uniformidade na interpretação e aplicação do direito é basilar ao Estado de Direito.

Sobre a estabilidade do ordenamento jurídico, Marinoni afirma que:

É preciso que a ordem jurídica – e, assim, a lei e as decisões judiciais – tenham estabilidade. Ela deve ter um mínimo de continuidade, até mesmo para que o Estado de Direito não seja Estado provisório, incapaz de se impor enquanto ordem jurídica dotada de eficácia e potencialidade diante dos cidadãos. (MARINONI, 2016, p. 103).

Como ressalta o doutrinador, não há estabilidade quando juízes, desembargadores e ministros agem como se não integrassem um sistema jurídico, mas em razão da autonomia que lhes é conferida, decidem a bel-prazer, tornando o Poder Judiciário uma loteria de decisões.

Didier (2016, pp. 469-470), cita que não é só o passado que deve ser considerado para garantir a estabilidade ao ordenamento, mas as condutas presentes orientadas pelo comportamento do Estado devem ser igualmente observadas, impondo o dever de uniformização da jurisprudência, para que não sejam propagadas teses dissonantes para fatos semelhantes.

A estabilidade deriva, portanto, da noção globalizada do sistema de produção de decisões, em que se pretende utilizar da decisão judicial para prestar a adequada tutela jurisdicional e é nesse plano que o precedente atua, com o intuito de garantir a segurança jurídica tão buscada pelo legislador constituinte.

2.5.2 Igualdade

Ao se referir à importância conferida ao princípio da igualdade em nosso ordenamento, Marinoni adverte que:

Não é preciso lembrar que a igualdade é elemento indissociável do Estado Democrático de Direito e, bem por isso, está fortemente grifado na Constituição Federal, iluminando a compreensão e a construção do ordenamento jurídico. (MARINONI, 2016, p.111)

Nesse sentido, por ordem constitucional consubstanciada no *caput* do art. 5º, todos os entes particulares e estatais devem observar o princípio da igualdade. Nas esferas dos Poderes, o Poder Executivo deve dirigir suas atividades de modo a promover a igualdade entre os jurisdicionados; o Poder Legislativo não pode editar leis que promovam desigualdades infundadas; e o Poder Judiciário deve respeitar o tratamento igualitário entre as partes integrantes do processo.

Fredie Didier Jr. (2016, p. 468), destaca que o termo “lei” contido no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, deve ser interpretado como “norma jurídica”, no sentido de não se restringir o princípio da igualdade ao termo “lei” em sentido estrito, mas que a observância a tal princípio seja em virtude de qualquer norma jurídica, independentemente do órgão que a editou.

Luiz Guilherme Marinoni (2016, pp. 112-115), amplia a extensão do aludido princípio no plano da jurisdição. Para o autor, a igualdade não pode ser limitada ao tratamento isonômico das partes, com garantia de participação em paridade de armas ou em relação à igualdade de acesso à justiça e igualdade de acesso a determinados procedimentos e técnicas processuais, mas é necessário ter a dimensão da igualdade perante as decisões judiciais, pois é através destas que o acesso à justiça e a participação adequada no processo ganham sentido.

Dessa forma, a decisão judicial não deve ser considerada como mero resultado da prestação judicial atribuída ao juiz singular, mas como fruto do sistema jurídico, parte integrante de um todo coerente.

Sendo assim, se há uma única definição para determinado direito, é imperativo que a sua aplicação seja uniforme, a fim de, como sugere Marinoni (2016, p. 113), conferir racionalidade às decisões judiciais, haja vista a imprescindibilidade de coerência do sistema jurídico.

A exigência de que se tenha um processo justo com direito à decisão racional e justa, evidencia a necessidade de respeito aos precedentes, na medida em que estes zelam pela estabilidade, integridade e coerência das decisões judiciais.

2.5.3 Garantia de imparcialidade do juiz

Nos países adeptos do *civil law*, tem-se a ideia de que a fundamentação da decisão é suficiente para garantir a imparcialidade do juiz, além de conferir legitimação à jurisdição. Contudo, Marinoni, ao questionar acerca da suficiência da fundamentação, lembra que no *civil law*, por não existir respeito ao passado, não há garantia de imparcialidade, pois a justificativa da interpretação do caso concreto ou da solução de uma questão de direito não é necessariamente alicerçada no que já foi decidido, permitindo a abertura de brechas para decisões conflitantes (MARINONI, 2016, p. 130).

Aduz o referido escritor que:

[...] ao permitir decisões díspares a casos iguais, o sistema estimula o arbítrio e a parcialidade. Se o juiz pode atribuir significados distintos à mesma norma, o juiz parcial está livre para decidir como lhe convier, bastando justificar suas opções arbitrárias. (MARINONI, 2016, p.130).

Por outro lado, quando ocorre a observância dos precedentes, o juiz fica adstrito ao que foi julgado anteriormente, ou seja, não pode decidir uma situação idêntica ao caso em questão de forma arbitrária.

Portanto, nota-se que a fundamentação é insuficiente para afirmar a obediência à imparcialidade, salvo se o magistrado for compelido a manter coerência com o precedente.

Outrossim, o respeito ao passado constitui forma legítima de se tutelar o princípio da imparcialidade do juiz, visto que demonstra a capacidade do Judiciário de fazer valer o ordenamento jurídico de modo uniforme e harmônico.

2.6 Principais argumentos contrários à utilização dos precedentes

2.6.1 Obstáculo ao desenvolvimento do direito e de decisões adequadas à evolução social

Em uma análise superficial, seria possível argumentar que a obrigatoriedade dos precedentes ofenderia o desenvolvimento do direito, além da adequação das decisões judiciais ao desenvolvimento social, sustentando que o respeito ao passado engessaria o direito, tornando-o rígido, imutável.

Não obstante, Marinoni (2016, p. 141), anota que até mesmo no *common law* houve a superação da ideia de que a reafirmação excessiva de um precedente pudesse ocasionar injustiça aos casos concretos, importando sua revogação, para evitar tal mal e a restrição ao desenvolvimento do direito.

As decisões judiciais devem ser entendidas, portanto, como criadoras de normas jurídicas sujeitas aos avanços sociais e à evolução das teses jurídicas.

Em virtude do explanado, cabe assinalar que, embora o precedente seja um dos instrumentos responsáveis pela coerência e pela estabilidade do direito, além de definir o futuro da juridicidade, sua revogação é necessária para outorgar a construção de uma nova coerência, capaz de espelhar as novas realidades sociais e jurídicas.

2.6.2 Impedimento à realização da isonomia

De igual modo, pode-se argumentar que a utilização dos precedentes impediria a realização da isonomia, por supostamente não permitir o tratamento diferenciado diante de situações desiguais.

Todavia, Marinoni (2016, p.144) indica o equívoco de tal pensamento ao expor que a aplicação dos precedentes pressupõe reflexão, logo, devem ser utilizados de forma racional, considerando cada peculiaridade da situação específica.

O autor cita como exemplo a aplicação do *distinguishing*, técnica utilizada para distinção entre o caso concreto e o paradigma, a partir de um entendimento aprofundado dos motivos determinantes da decisão que originou o precedente.

Acentua-se que a simples diferença fática não permite o afastamento do precedente, pois é necessário que os fatos não se adequem à lógica da tese jurídica, impedindo sua aplicação.

Nesse sentido, argui Marinoni o seguinte:

Lembre-se que casos semelhantes, e não perfeitamente iguais – se é que existem –, devem ser tratados igualmente. Casos substancialmente desiguais obviamente não devem ser tratados de modo uniforme. (MARINONI, 2016, p.145).

Dessa forma, não há qualquer fundamento plausível ao argumentar que os precedentes impedem a isonomia, posto que estes podem ser afastados a qualquer momento, sempre que o caso concreto possuir particularidades capazes de provocar a não incidência do paradigma, repelindo, assim, o tratamento igualitário ou uniforme.

2.6.3 Transgressão ao princípio da separação dos poderes

Tendo em vista a precípua função atribuída à jurisdição no *civil law*, seria admissível o raciocínio no sentido de que uma decisão não poderia obrigar o próprio Judiciário, porque caberia aos juízes somente aplicar normas gerais e abstratas aos casos concretos, sendo usurpação de sua função a edição de normas gerais e concretas que obriguem sua observância por todas as suas instâncias.

Entretanto, em sua obra, Marinoni destaca que:

Fundamentalmente, os precedentes não têm natureza legislativa porque, além de poderem ser revogados pelas Cortes, apenas têm eficácia obrigatória sobre os próprios membros do Judiciário. Ademais, os precedentes de *civil law* se situam em um nível, por assim dizer, intralegal, ao passo que a lei é tipicamente uma prescrição original ou um *novum* na ordem jurídica positiva. (MARINONI, 2016, p. 149).

O autor ressalta ainda que, acima de fixar a interpretação da lei, o Judiciário tem autonomia para, com base na Constituição, negar a lei, alterá-la ou até mesmo criá-la diante de uma omissão legislativa que inviabilize a tutela de um direito fundamental.

Da exegese do trecho acima, conclui-se que o respeito aos precedentes não constitui violação do princípio constitucional da separação dos poderes consagrado no art. 2º da Constituição Federal, considerando que a existência da lei é anterior ao precedente, é ela quem inova no ordenamento jurídico nacional e vincula toda a sociedade ao seu cumprimento.

2.6.4 Violação da independência do juiz

Por fim, poderia ser argumentado ainda que ao ser obrigado a decidir de acordo com o precedente, haveria violação da independência do juiz.

Contudo, olvida-se que o Poder Judiciário deve prestar a tutela jurisdicional de forma coerente e racional, e isso fica claro na definição da competência dos juízes, em que há vários órgãos jurisdicionais e tribunais, assim como Cortes encarregadas de atribuir significado à legislação federal e definir o sentido das normas constitucionais (MARINONI, 2016, p.150).

Assim, não se pode admitir que um entendimento firmado por uma Corte Superior, seja ignorado por um órgão inferior, considerando a unicidade da jurisdição, pois como afirma Marioni (2016, p. 151), “[...] o cargo de juiz não existe para que aquele que o ocupa possa proferir ‘a sua decisão’, mas para que possa colaborar com a prestação jurisdicional.”

Pensar de forma contrária seria negar as pretensões do Estado de Direito, visto que não há fundamento para se permitir que um juiz singular ou tribunal julgue as lides como bem entender, quando houver entendimento firmado pela Corte.

Com o explanado, não se pretende negar o princípio da independência do juiz, pois é sabido que estes não são submissos à Corte Suprema, diferenciando-se somente na medida de suas competências. Todavia, o Judiciário tem a incumbência de tratar situações semelhantes de forma igualitária e a consequência lógica é a vinculação dos juízes de grau inferior aos precedentes emanados da Suprema Corte, que, sem reserva, obrigará todos os demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

A conclusão retirada do dever de observância dos precedentes não é outra senão a celeridade processual, visto que o respeito aos precedentes evita a reforma de decisões contrárias ao paradigma.

Após todo o exposto e vencidos os argumentos contrários à obrigatoriedade do respeito aos precedentes, passa-se à análise dos instrumentos empregados para utilizá-los e para superá-los.

2.7 Principais técnicas de aplicação e superação dos precedentes judiciais

2.7.1 *Distinguishing*

No entendimento de Cruz e Tucci (2004, p. 174), *distinguishing* consiste no enfrentamento “[...] pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma”.

Como já mencionado, os precedentes judiciais não devem ser aplicados de qualquer maneira, mas há a necessidade de que eles sejam utilizados de forma racional e coerente.

Uma das formas de assegurar a racionalidade e coerência na aplicação do precedente é o *distinguishing*, técnica comparativa aplicada pelo juiz para verificar a semelhança entre a *ratio decidendi* do paradigma e as circunstâncias do caso concreto.

Para tanto, é indispensável a delimitação da *ratio decidendi*, a partir da consideração dos fatos determinantes para a construção do raciocínio jurídico utilizado na decisão, analisando-os frente ao caso sob julgamento.

Em virtude da dificuldade de se obter identidade absoluta entre as circunstâncias do caso em julgamento e do precedente, só haverá a distinção quando as peculiaridades do caso concreto forem substancialmente distintas da tese jurídica, ou seja, a simples existência de particularidades não afasta a incidência do precedente. (DIDIER, 2016, p. 491).

Vale dizer que a aplicação da distinção não enfraquece a autoridade do precedente, posto que o *distinguishing* é o reconhecimento da necessidade de não se aplicar o precedente ao caso concreto, sem que haja o comprometimento da justiça.

Constata-se, então, que apesar do caráter obrigatório dos precedentes, estes não devem ser invocados em todas as situações, mas devem ser afastados sempre que importunos à prestação jurisdicional, pois como ensina Elpídio Donizeti:

Há muitos casos em que os fatos não guardam relação de semelhança, mas exigem a mesma conclusão jurídica. Noutros, os fatos podem até guardar similitude, mas as particularidades de cada caso os tornam substancialmente diferentes. (DONIZETI, 2015).

O mencionado escritor releva ainda a necessidade de fundamentação no emprego do *distinguishing*. O dever de fundamentação das decisões previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal, compele o magistrado a demonstrar as questões mais importantes ao deslinde da causa, inclusive a tese jurídica aplicada. Sob este aspecto, o juiz deverá analisar minuciosamente as peculiaridades do caso concreto e compará-las à *ratio decidendi* do julgado base, verificando a presença de elementos suficientes para afastar a tese jurídica.

2.7.2 *Overruling e overriding*

Ao abordar as técnicas de superação dos precedentes, Fredie Didier leciona que são basicamente duas: o *overruling* e o *overriding*.

Nas palavras do doutrinador, *overruling*:

[...] é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente. O próprio tribunal, que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento futuro, caracterizando o *overruling*. (DIDIER, 2016, p. 494).

Semelhantemente, Elpídio Donizeti, ao tratar do assunto, ensina que:

Através dessa técnica (*overruling*) o precedente é revogado, superado, em razão da modificação dos valores sociais, dos conceitos jurídicos, da tecnologia ou mesmo em virtude de erro gerador de instabilidade em sua aplicação. Além de revogar o precedente, o órgão julgador terá que construir uma nova posição jurídica para aquele conceito, a fim de que as situações geradas pela ausência ou insuficiência da norma não se repitam. (DONIZETI, 2015).

O *overruling* decorre, portanto, da modificação da atividade interpretativa derivada da evolução social ou qualquer outra modificação na esfera jurídica que cause fragilidade na aplicação do precedente, e da necessidade de adequação do sistema jurídico às transformações sociais, por meio da substituição do precedente obsoleto por um novo precedente apropriado à nova realidade.

Didier (2016, pp. 494-495), aduz que a substituição de um precedente deve ser realizada de forma expressa, fundamentada, isto é, o tribunal deve expressar que abandonou o precedente, adotando uma nova orientação. Salienta o autor que essa possibilidade de alteração de posicionamento é inerente ao sistema de precedentes e que o dever de estabilidade não impede a mudança de entendimento, por se tratar de um imperativo de justiça, mas impede a alteração injustificada do mesmo.

No tocante à eficácia temporal da revogação do precedente, Didier (2016, pp. 499-500), explica que em regra, a eficácia é retroativa, atingindo os processos em curso, ou seja, que não estão abrangidos pela coisa julgada. Porém, há casos em que se faz necessário conferir eficácia prospectiva ao precedente, a fim de evitar a instabilidade do ordenamento e a insegurança jurídica.

Outra técnica utilizada para superar os precedentes é o *overriding*. A aplicação desta técnica supõe a limitação, a restrição da incidência do precedente, pela necessidade de compatibilização entre o entendimento firmado pela Corte e o surgimento de situação não abarcada nos precedentes que deram origem à formação de tal posicionamento, importando sua desvinculação.

No entendimento de Fredie Didier, para adequada compreensão do instituto:

[...] é preciso perceber que o entendimento novo não tem por objeto a exata questão de direito de que trata o posicionamento núcleo do precedente judicial, mas nela influencia, pois reduz as hipóteses fáticas de sua incidência.

[...]

O *overriding* não implica a substituição da norma contida no precedente, entretanto, um novo posicionamento restringe sua incidência. (DIDIER, 2016, p. 507).

Infere-se, então, que *overriding* não pode ser confundido com *overruling*, por não revogar totalmente o precedente, pois o precedente continua vigente, mas há restrição de sua incidência. Também, não há alteração da principal questão de direito do núcleo do precedente, diferentemente do *overruling*, em que há alteração da própria *ratio decidendi*.

Didier (2016, p. 507) conclui sua abordagem afirmando que o *overruling* se aproxima do *distiguishing*, mas ressalta que são técnicas distintas, na medida em que na primeira técnica há uma questão de direito (novo posicionamento) impedindo sua incidência e na segunda, uma questão de fato (fatos materialmente relevantes) afasta sua aplicação.

Analisadas as distinções importantes, a definição, os institutos basilares e os motivos para utilização dos precedentes em respeito ao passado, considerando a decisão jurídica não de forma isolada, mas integrante de um sistema jurídico uniforme e coerente, além de constituir instrumento para garantia dos direitos fundamentais, urge abordar as implicações da observância dos precedentes judiciais em nosso ordenamento jurídico, mormente as inovações trazidas pela Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil de 2015).

3 A EVOLUÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 O *Civil law* e segurança jurídica

Inicialmente para os adeptos do *civil law*, principalmente influenciados pela Revolução Francesa, a almejada segurança jurídica se resumiria na vinculação do juiz à observância da lei, uma vez que a existência de decisões conflitantes com o texto legal ameaçaria os objetivos deste sistema.

Dessa forma, os seguidores do *civil law* acreditavam que não só a segurança jurídica, mas que a previsibilidade do tratamento das relações sociais e a igualdade entre os indivíduos seriam asseguradas por meio da estrita aplicação da lei.

Marinoni (2016, p. 53), todavia, aduz que no *common law*, sempre foi madura a ideia de que os juízes podem proferir decisões diferentes e que a vinculação ao passado traria o ideal de segurança jurídica para o ordenamento.

O autor sublinha que o surgimento do *stare decisis* ocorreu em momento posterior à solidificação do *common law*, para suprir a ausência de sistematicidade deste sistema. Enquanto no *civil law*, a sistematicidade era a garantia de previsibilidade, não havia no *common law* instrumento capaz de assegurá-la. Sendo assim, o *stare decisis* foi criado com o desígnio de garantir a segurança jurídica ao *common law*, a partir da criação de regras concretas que se diferenciam segundo elementos externos, dificultando a elaboração de regras gerais e com a finalidade de garantir a previsibilidade que faltava ao sistema.

Nesse sentido, Marinoni adverte que:

Não há como ignorar, tanto no *common law* como no *civil law*, que uma mesma norma jurídica pode gerar diversas interpretações e, por consequência, variadas decisões judiciais. Todavia, o *common law* pôde facilmente vislumbrar que a igualdade e previsibilidade apenas poderiam ser alcançadas mediante o *stare decisis*, ao passo que no *civil law*, por ainda se estar encobrendo a realidade, a população confia cada vez menos no direito produzido pelo Estado. (MARINONI, 2016, p. 54).

Com a já mencionada superação da suficiência e da supremacia da lei, os adeptos do *civil law* buscaram meios para se efetivar a segurança jurídica, encontrando no *common law* instrumentos capazes de atribuir autonomia aos juízes a fim de resgatar a confiança no Judiciário e a coerência do direito.

Ao expor as pretensões que envolvem a implantação de um sistema de precedentes em nosso ordenamento, Elpídio Donizeti frisa que:

[...] o que se pretende, então, com a adoção de um sistema de precedentes, é oferecer soluções semelhantes para questões que possuam o mesmo fundamento jurídico, evitando, assim, a utilização excessiva de recursos e o aumento na quantidade de demandas. (DONIZETI, 2015).

Elpídio Donizeti (2015), ao tratar da evolução dos precedentes judiciais no direito brasileiro, salienta que nos últimos anos o direito processual brasileiro tem dado importante destaque à atuação dos órgãos jurisdicionais, sobretudo dos tribunais superiores. O aduzido destaque relaciona-se ao novo posicionamento do direito brasileiro voltado à solução das demandas com maior segurança jurídica, coerência, celeridade e isonomia.

O escritor lembra que o marco normativo inicial da aplicação dos precedentes no Brasil foi a Emenda Constitucional nº 03/93, que acrescentou o §2º ao art. 102, da Constituição Federal e atribuiu efeito vinculante à decisão proferida pela Suprema Corte em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade, ressaltando que alguns dispositivos processuais foram criados posteriormente, reforçando a relevância do instituto no nosso direito.

Por fim, enfatiza que a Emenda Constitucional nº 45/2004 foi de extrema magnitude para o desenvolvimento dos precedentes em território nacional, pois esta inseriu no ordenamento as súmulas vinculantes e introduziu a repercussão geral nas questões submetidas a recurso extraordinário.

3.2 A nova dimensão da interpretação jurídica

A teoria da interpretação jurídica, assim como ocorreu com o positivismo no *civil law*, passou por importante evolução, alterando-se bruscamente a função interpretativa do magistrado.

Marinoni (2016, pp. 76-77), leciona que na antiga tradição do *civil law*, a interpretação era somente cognitivista, ou seja, o juiz investigava e buscava o conhecimento para declarar o que estava gravado no texto legal, sendo visto apenas como intérprete de uma norma preexistente.

O avanço da referida teoria, aliado à decadência do positivismo, fez enxergar que o intérprete também valora e decide frente aos resultados interpretativos, de modo que a norma

não está intrínseca ao texto, isto é, não é antecedente à própria interpretação, mas é resultado desta.

A atividade interpretativa é, então, construída com base na valoração do juiz ao eger uma diretiva para decidir o caso concreto ou optar por um resultado dessa atividade. Marinoni, ministra que

[...] a crença no sentido da correspondência biunívoca entre lei e resultado- interpretação é falaz, uma vez que “toda disposição é (mais ou menos) vaga e ambígua, de modo que tolera diversas e conflitantes atribuições de significado. Nesse sentido, a uma única disposição – a cada dispositivo – corresponde não apenas uma só norma, mas uma multiplicidade de normas dissociadas. Uma única disposição exprime mais normas dissociadamente: uma ou outra norma, de acordo com as diversas interpretações possíveis. (MARINONI, 2016, p. 77).

À vista disso, é notória a incoerência da teoria cognitivista, em razão da possibilidade de abstração de várias normas do texto legal, considerando a generalidade e ambiguidade do dispositivo.

O autor pontua que a evolução da teoria da interpretação atribui às Supremas Cortes o dever de atribuir adequada interpretação do texto legal, compulsando a justificação e a racionalidade dos argumentos da Corte aplicados na interpretação.

Destarte, a nova dimensão da interpretação jurídica e o desapego em relação à lei, associados à gradativa expressão dada os precedentes judiciais, contribuem para a afirmação da evolução do ordenamento jurídico nacional.

3.3 Litigiosidade em massa e as questões de direito repetitivas

Além dos fatores já expostos, existem outros que motivaram a adoção de um sistema de precedentes, dentre os quais merecem destaque a litigiosidade em massa e as questões de direito repetitivas.

Em virtude da existência de direitos de natureza coletiva, como os individuais homogêneos, os coletivos e os difusos, o Poder Legislativo pátrio cuidou de regulamentar a tutela destes por meios de leis próprias, valendo a menção à Lei 4.717/1965, que regula a ação popular, à Lei 7.347/1985, que disciplina sobre a ação civil pública, e aos mandados de segurança e injunção coletivos, regidos respectivamente pelas Leis 12.016/2009 e 13.300/2016.

Todavia, a tutela das demandas coletivas tem se mostrado ineficaz a combater a litigiosidade em massa, posto que as ações coletivas não conseguem abranger todas as situações

repetitivas, como também muitas questões que envolvem grande quantidade de indivíduos são decididas isoladamente, através de ações individuais, causando atividades jurídicas reiteradas.

Leonardo Carneiro da Cunha, ao elencar os principais motivos do aumento da litigiosidade, cita:

[...] a ampliação dos meios de comunicação social, o aumento da consciência jurídica dos cidadãos, o desenvolvimento desenfreado de novas tecnologias e da oferta de novos produtos, aumentando as necessidades do consumo humano, a fúria legislativa, entre outros. (CUNHA, 2016, p. 204).

O que se pretende ao inserir um sistema de precedentes no ordenamento jurídico é desestimular a propositura de ações contrárias ao posicionamento firmado pelo Judiciário, em consequência da previsibilidade alcançada pelos pronunciamentos dos órgãos jurisdicionais.

O entendimento de Luiz Guilherme Marinoni compactua com a exposição acima, porquanto ensina, *in verbis*, que:

A previsibilidade das decisões judiciais certamente dissuade a propositura de demandas. A parte que se julga prejudicada, quanto tem conhecimento de que o Judiciário não ampara a sua pretensão certamente não tem razão para gastar tempo e dinheiro em busca de uma tutela jurisdicional que, de antemão, sabe que lhe será desfavorável. (MARINONI, 2016, p. 135).

A ausência de previsibilidade transforma o Poder Judiciário em uma lotérica, na medida em que soluciona casos semelhantes de maneiras distintas, prejudicando além da prestação da tutela jurisdicional, a própria administração do Estado, uma vez que torna a prestação judicial morosa e burocrática, gerando despesas desnecessárias ao erário, motivos suficientes para a inibição de demandas desnecessárias por meio dos precedentes judiciais.

3.4 Principais inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015

3.4.1 Fundamentação das decisões judiciais

Pode-se afirmar que o ápice do estreitamento entre *civil law* e *common law* em nosso ordenamento jurídico ocorreu com a edição da Lei nº 13.105/2015, a partir da qual se introduziram mecanismos destinados a conferir maior relevância à jurisprudência e à atividade dos Tribunais Superiores, objetivando o aperfeiçoamento de nosso sistema de precedentes.

O primeiro deles trata da fundamentação das decisões judiciais, como redimensionamento da regra contida no artigo 93, IX, da Constituição Federal, para aplicação ou afastamento do precedente.

Nesse aspecto, expõe Fredie Didier que:

Considerando que a eficácia normativa do precedente judicial é hoje um dado em nosso sistema jurídico, bem como que, em um sistema de precedente, a motivação é a pedra de toque, núcleo mesmo – até porque é nela que está o precedente –, é imprescindível exigir maior qualidade na fundamentação dos atos decisórios. (DIDIER, 2016, p. 470).

Sendo assim, a simples citação ou repetição dos termos dispostos na lei, na jurisprudência, na doutrina, ou a mera invocação de um precedente, são insuficientes a considerar fundamentada qualquer decisão judicial, como se depreende dos artigos 11, 489, §1º e 927, §1º, todos do Código de Processo Civil.

O pronunciamento judicial deve, então, identificar claramente as questões de fato fundamentais para a decisão, bem como a tese jurídica adotada para análise e conclusão da lide.

Igualmente, é necessário a exposição fundamentada dos motivos que levaram à aplicação de um precedente, assim como as circunstâncias e particularidades que afastaram sua incidência, se for o caso, através do *distinguishing*.

Fredie Didier (2016, p. 471), sobressalta que além da função processual, a fundamentação desempenha papel extraprocessual, porque serve de parâmetro de conduta para quem não integra o processo, posto que o precedente formado poderá ser invocado para legitimar uma conduta presente.

3.4.2 Deveres de uniformização e estabilidade da jurisprudência

É de suma importância que o tribunal se manifeste de forma unificada sobre a mesma questão jurídica e para tanto, imperioso é que seus pronunciamentos sejam fiéis, para demonstrar a coerência e a estabilidade da prestação jurisdicional.

Elpídio Donizetti (2015), explana que ao introduzir o dever de uniformizar a jurisprudência, o legislador buscou adequar os entendimentos jurisprudenciais em todos os níveis jurisdicionais, evitando a divergência interna, a intranquilidade social e o descrédito em relação às decisões judiciais.

Em via de consequência, o art. 926, §1º, do CPC, desdobra o dever de uniformizar no dever de sintetizar a jurisprudência dominante, sumulando-a, cujo objetivo, nos termos dos

ensinamentos de Fredie Didier (2016, p. 474) “[...] é esclarecer que o correto exercício deste dever de editar enunciados sumulares pressupõe a fidelidade do tribunal à base fática a partir da qual a jurisprudência sumulada foi construída”.

Assim, pretende-se manter a concretude do que foi decidido, produzindo uma norma geral a partir de casos concretos, com a finalidade de neutralizar o problema dos enunciados sumulares criados abstratamente, sem alusão aos precedentes que os originaram (DIDIER, 2016, p. 474).

Além do dever de uniformização da jurisprudência, há o dever de mantê-la estável. Sendo assim, quando houver mudança de posicionamento (*overruling*), o tribunal deverá motivar adequadamente a superação de seu entendimento, como modular sua eficácia em respeito à segurança jurídica (DIDIER, 2016, p. 474).

É evidente que não há motivo para se manter um precedente ou enunciado de súmula em vigor se não há mais correspondência com a realidade social, política, econômica ou jurídica do Estado, no entanto, o Código de Processo Civil determina que a superação do entendimento consolidado deve ser feita de forma adequada e específica, observando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, nos moldes do artigo 927, §4º, deste Código.

3.4.3 Dever de dar publicidade aos precedentes

Define o §5º, do artigo 927, da Lei nº 13.105/2015, que “[...] os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente na rede mundial de computadores.”

Ao comentar sobre o dispositivo, Fredie Didier (2016, p. 475), ensina que este redimensionou o princípio da publicidade, considerando que a garantia de que as decisões judiciais sejam públicas não é suficiente para dar a adequada publicidade às decisões que são fontes de precedentes, é necessário torná-las mais acessíveis aos magistrados e aos jurisdicionados, a fim de facilitar a inteligência dos posicionamentos daquela corte, os quais podem vincular ou persuadir futuros julgamentos.

Assim sendo, o imperativo da ampla publicidade e organização dos precedentes, demonstra a preocupação legislativa em conscientizar os jurisdicionados dos entendimentos dos tribunais, expondo modelos de conduta e facilitando, também, a consulta dos precedentes através da rede mundial de computadores.

3.4.4 Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)

O Código de Processo Civil de 2015 inovou ao trazer em seus artigos 976 a 987 o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). Nas lições de Luiz Guilherme Marinoni:

O incidente de resolução de demandas repetitivas destina-se a regular casos que já surgiram ou podem surgir em face de determinado litígio.

(...)

O incidente de resolução é uma técnica processual destinada a criar uma solução para a questão replicada nas múltiplas ações pendentes. (MARINONI, 2016, p.321).

Isto posto, incidente de resolução e precedente não devem ser confundidos, pois ao mesmo tempo em que o primeiro é destinado a regular uma questão presente em vários casos pendentes, o segundo pretende outorgar autoridade à *ratio decidendi* estabelecida pelas Cortes Supremas.

Na visão de Elpídio Donizetti (2015), a criação do incidente permite a minimização dos efeitos decorrentes do excesso de processos em trâmite e viabilizar a igualdade de tratamento entre os jurisdicionados.

Leonardo Carneiro da Cunha (2016, p. 251), narra que o IRDR será instaurado em processos de competência originária ou em grau de recurso, mediante a transferência da competência funcional para julgar o caso, fixando o entendimento acerca da questão jurídica comum aos processos envolvidos.

Para sua admissão, o artigo 976, do CPC expõe que o incidente será cabível quando cumulativamente houver efetiva repetição de processos e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, a questão tratar-se unicamente de direito e a causa estiver pendente no tribunal.

A legitimidade para instauração do incidente tanto pode ser do juiz de umas das causas repetitivas, inclusive de ofício, pelo relator do processo no tribunal, por qualquer das partes, pela Defensoria Pública ou pelo Ministério Público. (CUNHA, 2016, p. 259).

A competência para admitir o incidente deve ser determinada pelo órgão colegiado, sendo incabível a sua apreciação pelo relator, isoladamente, como determina o artigo 981, do Código de Processo Civil. A decisão de admissibilidade é irrecorrível, ressalvados os embargos de declaração e a negativa de sua instauração não obsta que o incidente seja novamente suscitado (artigo 976, §3º).

Por derradeiro, a competência para julgamento do incidente será do órgão indicado pelo regimento interno do tribunal responsável pela uniformização de jurisprudência, nos moldes do artigo 978, do Código de Processo Civil.

3.4.5 Pronunciamentos de observância obrigatória

O artigo 927, em seus incisos I a V, do Código de Processo Civil, apresenta um rol heterogêneo de pronunciamentos obrigatórios a serem observados pelos juízes e tribunais.

Na concepção de Luiz Guilherme Marinoni (2016, p.288), o dispositivo possui caráter meramente exemplificativo e irrelevante, visto que apenas enumera alguns precedentes, súmulas e decisões em incidentes de natureza *erga omnes*, concluindo pela observância dos precedentes emanados das Cortes Supremas, quando a própria Constituição já tratou de atribuir ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça a função de “[...] outorga de unidade ao direito constitucional e infraconstitucional”.

Em consonância com o entendimento do autor, é redundante e até absurdo afirmar que as decisões proferidas pela Suprema Corte em controle concentrado de constitucionalidade (inciso I) devem ser observadas pelos juízes e tribunais, pois tais decisões possuem eficácia obrigatória e coisa julgada *erga omnes*, ou seja, vinculam por si só todo o Judiciário, como determina o texto constitucional, em seu artigo 102, §2º.

Quanto aos enunciados de súmulas vinculantes e de súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (incisos II e IV), Marinoni explica que:

As súmulas foram concebidas como enunciados da interpretação das Cortes de correção e destinadas a facilitar os julgamentos dos recursos. Note-se, porém, que a súmula é o enunciado da tese de direito e não pode, como é óbvio, explicar os motivos da tese em de uma determinada situação concreta (MARINONI, 2016, p. 287).

À vista disso, as súmula não podem retratar a racionalidade da argumentação própria do precedente, posto que a *ratio decidendi* não traduz apenas a tese de direito aplicada, mas é a racionalidade da tese em face do conjunto fático.

O autor reafirma o caráter anacrônico das súmulas ao tratar do §2º, do art. 926, do Código de Processo Civil, arguindo que a referida norma é a confirmação da importância atribuída aos precedentes, em detrimento dos enunciados sumulares, importando que as súmulas sejam conjugadas com os precedentes firmados, para possam obrigar ou vincular os órgãos jurisdicionais.

A respeito dos acórdãos em incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (inciso III), Marinoni (2016, p. 286), admoesta que não são todos os casos repetitivos que devem ser submetidos à apreciação das Cortes Supremas, mas somente aqueles dotados de repercussão geral, de modo que a simples existência de recursos repetitivos não deve pautar a atuação do STF ou do STJ.

Em contraposição aos posicionamentos de Marinoni, Fredie Didier (2016, p. 461), não considera a superação das súmulas, mas que os tribunais devem editar súmulas que consolidem a jurisprudência dominante, ressaltando que antes mesmo de editar sua súmula, o tribunal precisa observar seus próprios precedentes, para solidificação da jurisprudência a ser sumulada.

Também leciona que o inciso alusivo às decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade não se refere à coisa julgada, mas à *ratio decidendi*, afinal todos têm de respeitar a coisa julgada, principalmente a *erga omnes* e por não se tratar de artigo relativo à coisa julgada, mas aos precedentes obrigatórios.

Finalmente, Didier (2016, p. 466), trata do inciso V, do artigo 927, asseverando que tal norma apresenta dupla vinculação. Primeiramente, vincula internamente os membros e órgãos fracionários do tribunal aos precedentes emanados do plenário ou órgão especial do próprio tribunal, para depois vincular externamente os demais órgãos de instância inferior.

Analisadas as principais inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, infere-se que a proposta legislativa de conferir maior relevância à atividade das Cortes Supremas, pretende fortalecer e organizar a sistemática dos precedentes judiciais em nosso ordenamento. Com isso, os mecanismos criados para facilitar a unificação e estabilização da jurisprudência almejam melhorar a organização da estrutura judiciária brasileira, para proporcionar maior efetividade e segurança na prestação jurisdicional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o término da pesquisa, é possível apresentar significativas reflexões sobre as consequências da adoção de um sistema de precedentes em nosso ordenamento.

A incessante transformação social, atrelada à abrangência dos direitos fundamentais e a facilitação do acesso à justiça, gera o crescimento das demandas judiciais, sendo que muitas destas tratam da mesma questão de direito, importando um tratamento igualitário. A intensificação desenfreada de ações acarreta a necessidade de redimensionamento dos modelos jurídicos e das técnicas de solução de conflitos, destacando-se, neste cenário, a atividade jurisdicional na resolução das lides.

Ao proceder à análise da formação e desenvolvimento do *civil law* e do *common law*, foi verificado que a aproximação entre os sistemas se deu pelos processos de constitucionalismo e globalização. Desse modo, é perceptível que as normas positivadas vêm ganhando volume no corpo jurídico dos adeptos do *common law* e o exercício jurisdicional voltado para a interpretação e a criação de normas gerais e concretas, vem sendo consagrado no *civil law*.

Ato contínuo, notou-se um claro amadurecimento do direito brasileiro no que tange à adoção dos precedentes judiciais no corpo do ordenamento, a partir da desmitificação de certas concepções e do conhecimento dos fundamentos do Estado de Direito e a imposição de cumpri-los.

Nessa perspectiva, foi estudada a definição de precedente judicial e os conceitos de jurisprudência, enunciado e súmula. Foi verificado, então, que por precedente judicial se entende a decisão, ou melhor, os fundamentos determinantes de uma decisão que servem de referência para julgamentos futuros que envolvam a mesma situação de direito e que difere da jurisprudência em questão quantitativa, uma vez que a jurisprudência é o conjunto de precedentes de um tribunal, não se confundindo com súmula, visto que esta corresponde ao resumo de julgamentos reiterados de um tribunal, ou seja, a síntese da jurisprudência dominante de uma Corte, que, por sua vez, não se confunde com enunciado, pois este é o verbete numerado, contendo preceitos genéricos inseridos no corpo da súmula, para facilitar a consulta.

Em seguida, foram analisados os elementos que compõem o precedente. Para tanto, foram abordados a *ratio decidendi*, que se resume nos fundamentos determinantes da decisão, sem os quais não haveria a fixação da tese jurídica aplicada, e o *obiter dictum*, isto é, os argumentos acessórios da decisão, sendo dispensáveis à fixação do paradigma, além da

aplicação da teoria do *stare decisis* no *common law*, como instrumento destinado à imprimir uniformização e segurança jurídica.

Foi preciso compreender alguns argumentos desfavoráveis à aplicação dos precedentes, em consequência da divergência doutrinária acerca da implantação de um sistema de precedentes no direito brasileiro, considerando o apego à lei e o argumento de violação ao princípio da separação dos poderes.

O estudo também envolveu as técnicas de aplicação e superação dos precedentes, ou seja, o *distinguishing*, o *overruling* e o *overriding* as quais foram trabalhadas. Dessa forma, foi constatado que o *distinguishing* destina-se a verificar a analogia entre o caso sob julgamento e o paradigma firmado, de forma a não aplica-lo caso encontrado fundamento suficiente para afastá-lo, sob pena de comprometimento da justiça. Sobre o *overruling*, este é entendido como a revogação total do precedente, ocasionando a sua substituição por outro, em virtude da perda de sua força vinculante pela modificação de valores e, conseqüentemente do posicionamento que o originou. O *overriding*, a seu turno, é a revogação parcial do precedente, restringindo sua incidência em razão da alteração de entendimento, mas que não acarreta prejuízo à *ratio decidendi*.

Deve ser ressaltado que a segurança jurídica não é apenas um dever do Legislativo, ao editar suas normas de conteúdo geral e abstrato, mas, por constituir elemento fundamental ao Estado, deve ser observada por todos os Poderes e o Judiciário deve buscá-la através da uniformização de suas decisões.

Por ser o Brasil constituído de vários órgãos jurisdicionais, é comum a existência de decisões conflitantes sobre a mesma questão jurídica, todavia o excesso de divergência gera descrédito dos jurisdicionados em relação ao Poder Judiciário, portanto, cabe aos juízes prestar a ideal tutela judicial, garantindo a igualdade e a segurança jurídica.

A alteração da compreensão dos fundamentos da segurança jurídica, a nova concepção da interpretação jurídica como mecanismo de criação de normas concretas em detrimento da mera declaração do texto legal e a intensificação dos litígios em massa, são os principais argumentos da utilização dos precedentes judiciais.

Com o advento do Código de Processo Civil, restou clara a ideia de fortalecimento e estruturação dos precedentes, a partir da criação de mecanismos e deveres destinados a uniformizar e estabilizar os entendimentos dos tribunais, dentre os quais merece destaque o incidente de resolução de demandas repetitivas, em que há deslocamento de competência para julgamento de casos pendentes que envolvam a mesma questão jurídica, a fim de que seja emitida uma única solução para os múltiplos casos.

Em linhas finais, restou evidenciado que as inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil corroboram as alegações pertinentes à aproximação entre *civil law* e *common law* e que tal estreitamento traz importantes instrumentos para o ordenamento jurídico nacional, na medida em que atribuem maior credibilidade às instituições judiciais. Portanto, a utilização dos precedentes garante a consolidação e a uniformização das decisões judiciais, a fim de combater a morosidade e a insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 7. ed. - São Paulo : Malheiros, 2007.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 dez. 2017.
- _____. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Brasília, DF, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm. Acesso em: 10 dez. 2017.
- _____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF, 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em: 10 dez. 2017.
- _____. Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Brasília, DF, 2009. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/112016.htm. Acesso em: 10 dez. 2017.
- _____. Lei nº 13.105, de 16 março de 2015. Código do Processo Civil. Brasília, DF, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 10 dez. 2017.
- _____. Lei nº 13.330, de 23 de junho de 2016. Disciplina o processo e julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Brasília, DF, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm. Acesso em: 10 dez. 2017.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- CAMARGO, Marcelo Novelino. **O efeito vinculante nas decisões do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/3_1642-36259-1-PB.pdf. Acesso em: 20 ago. 2017.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo** / Leonardo Carneiro da Cunha. – 13. ed., totalmente reformulada – Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 10. ed. Salvador: Ed. Jus Podvm, 2015.
- DINAMARCO. Cândido Rangel. **Teoria geral do novo processo civil**. Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes. São Paulo: Malheiros, 2016.
- DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil**. Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/data/files/7B/96/D0/66/2>

[BCCB4109195A3B4E81808A8/A%20forca%20dos%20precedentes%20no%20novo%20Código%20de%20Processo%20Civil.pdf](https://www.stj.jus.br/portal/verdocumento.aspx?documento=11458380). Acesso em: 01 set. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GALIO, Morgana Henicka. **História e formação dos sistemas Civil law e Common law: influência do direito romano e aproximação dos sistemas**. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c79d3508e2dc8fe8>. Acesso em: 25 jul. 2017.

LOURENÇO, Haroldo. **Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC**. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/11458380>. Acesso em: 25 jul. 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza: eficácia: operacionalidade**. 2. ed rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado com remissões e notas comparativas ao CPC/1973**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

NORTHFLEET, Ellen Grace. **Stare decisis**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176188/000485611.pdf?sequence=3>. Acesso em: 17 set. 2017.

NUNES, Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito: com exercícios para sala de aula e lições de casa**. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2005.

REALE, Miguel, **Lições preliminares de direito**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

TRINDADE, André Karam. **O que significa neoconstitucionalismo?** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-19/diario-classe-critica-imprecisao-expressao-neoconstitucionalismo>. Acesso em: 05 jul. 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.